

GIULIO VANACORE

LA CONTESTAZIONE DELLA GIURISDIZIONE
DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE
E DELL'ADMISSIBILITY DEL CASE
AD OPERA DELLO STATO NON-PARTE.
UN APPROCCIO INTERPRETATIVO ALTERNATIVO
E RIFLESSIONI DI CARATTERE POLITICO-STRATEGICO

1. Introduzione e parametrizzazione del problema

Una delle molteplici questioni interpretative evocate dalla formulazione dell'art. 19¹ dello Statuto della Corte Penale Internazionale riguarda il rapporto tra la lett. b) e la lett. c) del secondo comma della medesima previsione, nonché il discrimine che occorre tracciare tra le due categorie di soggetti statuali ivi previste. Il combinato disposto delle due norme così recita: “*Challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17 or challenges to the jurisdiction of the Court may be made by:*

(...)

(b) *A State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted; or*

(c) *A State from which acceptance of jurisdiction is required under article 12.”*

Mentre la lett. b) assegna il diritto di *challenging* a tutti quegli Stati che ‘hanno giurisdizione’ sul *case* a patto che stiano investigando sul

¹ Sulla questione più pratica della *challenge* potenziale dell'Uganda avverso l'*admissibility* dei quattro *cases* LRA (che vedono indagati membri del movimento ribelle del Lords Resistance Army), vedi William W. BURKE-WHITE and Scott KAPLAN, *Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda situation*, in 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 257-279. Gli autori del pari propongono tre diverse interpretazioni circa la natura procedurale dell'*admissibility*, precisamente: “*admissibility as a personal right of the accused*”, “*admissibility as the protection of the rights of States*” ed “*admissibility as a limitation on the power of the ICC*”: vedi *ibid.* pp. 262-268. Sulla questione del *self-referral* ugandese vedi anche Mohamed M. EL ZEIDY, *The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC*, in 5 *International Criminal Law Review* (2005), pp. 83-119.

medesimo, o stiano esercitando l'azione penale, o ancora che vi abbiano già proceduto², la successiva lett. c) attribuisce lo stesso *right* agli Stati per i quali l'art. 12³ 'richiede una accettazione della giurisdizione' della Corte. La prevalente dottrina interpreta le parole di cui alla prima delle due norme oggetto del presente studio come estensibili tanto alla 'famiglia' degli Stati Parte dello Statuto quanto a quella degli Stati non-Parte dello Statuto della Corte, purchè si tratti di Stati che dimostrino di possedere un vincolo giurisdizionale col crimine (o coi crimini) oggetto del *case* e provino di non essere rimasti inattivi sotto il profilo investigativo.⁴ La seconda prescrizione volgerebbe lo sguardo, al contrario, esclusivamente alla *species* degli Stati per i quali l'art.

² Le parole nell'art. 19, c. 2, lett. b) ricordano in certa misura quelle utilizzate nell'art. 17, c. 1, lett. a), che prevede l'inammissibilità di un *case* laddove lo stesso <<*is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*>>. Per quel che concerne l'assenza nell'art. 19, c. 2, lett. b) di ogni riferimento ad uno Stato che abbia già *tried the case* (art. 17, c. 1 lett. c)) nonché al criterio di *gravity* (art. 17, c. 1 lett. d)), vedi Mohamed M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008), pp. 260-261.

³ Per una dettagliata analisi dell'art. 12 dello Statuto, vedi Hans-Peter KAUL, *Pre-conditions to the exercise of jurisdiction*, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2002), pp. 583-616; Sharon A. WILLIAMS and W. SCHABAS, *Art. 12*, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* (Nomos, Baden-Baden, 1999), pp. 547 e ss.

⁴ Cf. Jann K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, Oxford, 2008), p. 183: "[*all such States may make challenges to the admissibility, whether or not they are parties to the Statute. With this inclusion of non-Party States, the different emphases during the negotiations of those States that sought to preserve the rights of States to investigate and prosecute to the fullest extent possible, on the one hand, and of those that were more concerned about the implications of such an approach for the effective operation of the Court, on the other hand, has been decided in favour of the former*"]. Cf. anche Mohamed M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008), pp. 257-263, laddove l'autore si concentra su una dettagliata analisi, attenta agli sviluppi della giurisprudenza, dell'art. 19, c. 2, lett. b) e c), vedi specialmente *ibid.* nota n. 91. Vedi anche, per un identico punto di vista, BURKE-WHITE and KAPLAN, *supra* nota 1, p. 265: "*A compromise was also reached between the extreme positions of delegations that preferred any state to challenge admissibility and those that wanted challenges limited only to states parties. Ultimate agreement allowed for any*

12 c. 3 prevede una esplicita dichiarazione di accettazione di giurisdizione della Corte. In virtù dell'art. 12 c. 3: “*If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9.*” L'accettazione deve dunque essere indirizzata al Registrar e, tramite essa, gli Stati dichiaranti espliciterebbero la volontà di cedere parte della propria sovranità ai giudici sovranazionali, relativamente però soltanto ad una concreta e parametrata *situation*. Quest'ultima categoria di Stati, quella ex art. 12 c. 3, senz'altro comprende solo Stati non-Parte dello Statuto: si tratta di una norma congegnata al fine di consentire l'instaurazione di un dialogo con la Corte e la promozione di *referrals* anche a quei Paesi che non hanno inteso aderire complessivamente al Trattato di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale.⁵

state with jurisdiction to challenge. *Allowing non-party states to challenge admissibility suggests that negotiators were uncomfortable with granting the Court authority that interfered with the rights of non-party states.”*

⁵ Nel febbraio 2005, la Costa d'Avorio ha inviato una dichiarazione ex art. 12, c. 3 con riguardo a tutti i crimini che ricadono entro la giurisdizione della ICC commessi sul suo territorio a partire dagli incidenti del 19 settembre 2002 (*Registrar confirms that the Republic of Cote d'Ivoire has accepted the jurisdiction of the Court*, Press Release, 15 febbraio 2005 (ICC-CPI-20050215-91)). Inoltre, nel gennaio 2009, il 'Governo della Palestina', attraverso l'Autorità (Nazionale) Palestinese, ha inoltrato una dichiarazione ex art. 12 c. 3 “*for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002*”; vedi OTP, *Visit of Minister of Justice of the Palestinian National Authority, Mr. Ali Khashan, to the ICC*, 22 gennaio 2009. Un facsimile della dichiarazione è disponibile su www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7CFB4B01-0B7E-4590-A8A8-7863E516F0A3/279777/20090122PalestinianDeclaration7.pdf. Tuttavia, vedi OTP, *Situation in Palestine*, Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements, 3 maggio 2010, disponibile su <http://www.icc-cpi-int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1ACCO-B41706BB41E5/282529/PALESTINEFINAL201010112.pdf>. Sulla stessa questione, per differenti opinioni, vedi Yael RONEN, *ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010) pp. 3- 27; Yuval SHANY, *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute: A Response to Yael Ronen*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), pp. 329-343; Malcolm N. SHAW QC, *The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law*, in 9 *Journal of International Criminal Justice* (2011), pp. 301-324.

La dominante dottrina⁶ fonda l'interpretazione del combinato disposto della lett. b) e della lett. c) dell'art. 19 c. 2 su due dati essenziali. Il primo è di carattere eminentemente letterale: la prima delle due previsioni fa generico riferimento a 'Stati che hanno giurisdizione' e dunque vi è spazio sufficiente per involgere in essa tanto Stati che hanno ratificato quanto Stati che non hanno ratificato il Trattato.⁷ La lett. c), viceversa, si rivolge agli Stati che 'hanno accettato la giurisdizione della Corte in conformità all'art. 12'⁸: tale accettazione è prescritta al c. 3 del predetto articolo, e viene considerata come 'condizione di procedibilità' richiesta in capo a Stati non-Parte⁹, o meglio come pre-condizione necessaria all'attivazione di uno dei *trigger mechanisms* elencati all'art. 13.¹⁰ Il secondo argomento, forse più pregnante, si fonda sui lavori preparatori alla stipulazione del Trattato di Roma del 1998.¹¹ In quella sede non poche furono le dichiarazioni, informali ed ufficiali, da parte degli Stati che sedette-

⁶ Vedi *supra* nota 4.

⁷ Kleffner esplora la *ratio* sottesa al coinvolgimento di Stati non-Parte nella procedura ex art. 18, ed alle discussioni sul ruolo degli Stati non-Parte che 'sfidano' l'ammissibilità ex art. 19. Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, p. 169, nota n. 28: "*The rationale (...) is difficult to trace (...)*".

⁸ Vedi EL ZEIDY, *supra* nota 4, p. 262.

⁹ Vedi Andreas Th. MULLER and Ignaz STEGMILLER, *Self-Referrals on Trial, From Paenace to Patient*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1278: "(...) from the point of view of a non-State Party, the range of crimes covered by its declaration is narrower than the range available to States Parties with respect to self-referrals. It has been mentioned that Article 12(2) makes the exercise of the jurisdiction of the Court (in state referral and proprio motu situations) dependent upon the crime being committed either on the territory of or by a national of a State Party. **By virtue of a declaration pursuant to Article 12(3), a non-State Party may only substitute for the lack of these requirements.**"

¹⁰ Sui meccanismi che eccitano la giurisdizione della Corte, vedi Héctor OLASOLO (ed.), *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005).

¹¹ Vedi John T. HOLMES, *The Principle of Complementarity*, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, The Hague, 1999), pp. 62 e 66-68; BURKE-WHITE and KAPLAN, *supra* nota 1; KLEFFNER *supra* nota 4, pp. 91-92. Le due dichiarazioni seguenti rese durante la Conferenza di Roma illustrano le due tesi sul campo. Il Regno Unito "*strongly supported the reference to a 'State' since, if a State that was not a Party was carrying out an effective prosecution in its own territory, there was no reason for the Court to intervene and also conduct a prosecution*", United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome 15 June – 17 July 1998) UN GAOR Volume II – Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.183/13(Vol.II) 2002, 215 at 34. Per una replica a questa

ro al tavolo delle trattative, i quali esplicitamente intesero attribuire il diritto di contestare la giurisdizione o l'ammissibilità tanto agli Stati che avrebbero poi aderito al sistema della ICC quanto agli Stati che, pur non avendo ratificato il Trattato, avrebbero dimostrato, innanzi alla Pre-Trial Chamber, nella fase procedimentale di cui all'art. 19, di possedere un *link* giurisdizionale con la fattispecie di reato oggetto dell'indagine internazionale. Le dichiarazioni rese a Roma durante i negoziati contengono, dunque, una sorta di 'interpretazione autentica' dell'art. 19 c. 2 lett. b): quando la norma fa riferimento allo 'Stato che ha giurisdizione' si rivolgerebbe tanto allo Stato Parte quanto allo Stato non-Parte.

Il presente studio intende contestare questa lettura del comma secondo dell'art. 19. Il risultato cui si si vuole pervenire è quello di una interpretazione maggiormente fedele al dato letterale, sistematico, razionale, e probabilmente anche teleologico del combinato disposto delle due prescrizioni. In particolare più coerente con alcuni dati di ordine giuridico e logico sarebbe la collocazione esclusiva della 'famiglia' degli Stati Parte *sub* lett. b) e una rilettura della susseguente lett. c). Quest'ultima involgerebbe soltanto due determinate *species* del *genus* 'Stati non-Parte': lo Stato non-Parte sul cui territorio si è consumata la fattispecie di reato su cui indaga il Prosecutor, e lo Stato non-Parte di 'personalità attiva', vale a dire di nazionalità dei presunti autori del crimine. In altri termini si intende proporre una interpretazione restrittiva dell'art. 19 c. 2 lett. b), in virtù della quale il diritto processuale di contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità del *case* dinanzi alla Pre-Trial Chamber, secondo i crismi previsti dallo stesso art. 19, non può essere esteso a qualsiasi Stato. Non può, secondo questa alternativa ricostruzione, qualsivoglia soggetto statale 'sfidare' la Camera giudicante, sulla scorta della mera dimostrazione di un legame giurisdizionale col crimine su cui si indaga: tale legame potrebbe, a condurre fino in fondo l'interpretazione tradizionale, anche essere davvero blando (si pensi al criterio della 'giurisdizione universale' sui crimini internazionali¹²) e consentire la perpetrazione di

posizione *vedi* i paragrafi successivi di questo capitolo. Tuttavia, i *travaux préparatoires* non sono così 'monolitici' come la prevalente dottrina vorrebbe far intendere. Ad esempio, l'Italia dichiarò di essere "*reluctant to allow States not parties, which did not share the burden of obligations under the Statute, to share the privilege of challenging the jurisdiction of the Court*", *ibid.* 220, 27.

¹² Non esiste un'interpretazione univoca ed un significato solo da attribuire al concetto di 'giurisdizione universale'. Il termine può generalmente essere definito come "*criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the cri-*

abusi e di condotte procedurali di ‘mala fede’.¹³ Non può escludersi che Stati non-Parte, dunque Stati che sin dall’inizio non hanno inteso sottoporsi al crogiuolo di doveri previsti dallo Statuto e che non hanno voluto aderire al primo vero tentativo di fondare una giustizia penale internazionale, riescano, attraverso lo strumento della prova del *link* giurisdizionale col *case* del Procuratore, a sottrarre alla Corte la giurisdizione sui crimini per i quali essa stava procedendo. In altre parole, da un lato, l’attribuzione di un diritto, come quello relativo alle *challenges* ex art. 19, in capo allo Stato Parte viene controbilanciato da una serie di obblighi di cooperazione che, seppure non escludendole, consentono di ridurre le ipotesi di comportamenti artatamente maliziosi e volti a frustrare l’operato della Corte. Dall’altro l’attribuzione del medesimo diritto, senza i rela-

me was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim or any other connection to the state exercising such jurisdiction”: Principle 1 of the Princeton Project on Universal Jurisdiction (2001), disponibile su http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihlri/downloads/Princeton%20principles.pdf. È tra l’altro controverso se il concetto ricomprenda la possibilità di processare *in absentia*. La giurisdizione universale, così come discende dai trattati, prevede il principio *aut dedere aut iudicare* e sembrerebbe così richiedere la necessaria presenza dell’accusato. Vedi Marc HENZELIN (ed.), *Le Principe de l’Universalité en Droit Pénal International, Droit et Obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité* (Helbin & Lichtenhahn, Munich, Genva, Brussels, Oxford, 2003); Roger O’KEEFE, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, in 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004), pp. 735-760. Per una discussione circa i differenti approcci nazionali, vedi David VANDERMEERSCH, *La compétence universelle*, in Antonio Cassese and Mireille Delmas-Marty (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Presses Universitaires de France, Paris, 2002), pp. 589-611; Amnesty International, ‘Universal Jurisdiction – The Duty to Enact and Implement Legislation’, Al Index IOR 53/002-018/2001, September 2001. Sulla giurisdizione universale *in absentia*, vedi Mohammad M. EL ZEIDY, *Universal Jurisdiction in Absentia: Is it a Legal Valid Option for Suppressing International Crimes?*, 37 *The International Lawyer* (2003), pp. 835-861; Ryan RABINOVITCH, ‘Universal Jurisdiction in Absentia’ 28 *Fordham International Law Journal* (2005) pp. 500-530. Per quel che concerne la controversa giurisprudenza, cf. Separate Opinion of President Guillaume, Declaration de M. Ranjeva, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koojmans and Buergenthal (19-65), Opinion Individuelle del M. Rezek, Dissenting Opinion of Judge van den Wyngaert (44-67), tutte relative alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002.

¹³ Vedi il ragionamento di Kleffner in questo senso ma con riguardo all’art. 18, *supra* nota 4, pp. 179-180. Le riflessioni dell’autore, sebbene prendano anche in considerazione il potenziale di ‘ritardo’ nei procedimenti e/o di abuso ad opera degli Stati Parte, si estendono, *Nutatis mutandis* e probabilmente *a fortiori*, all’art. 19 c. 2 lett. b) quando la *challenge* è formulata da uno Stato non-Parte.

tivi obblighi, allo Stato non-Parte è in potenza molto più pericolosa e gravida di conseguenze nefaste. Occorre essere molto accorti quando si consente, in virtù di una disposizione statutaria di per sé sibillina e suscettibile di più interpretazioni, allo Stato non-Parte di 'avvicinarsi' allo Stato Parte e di esercitare in sede processuale i medesimi diritti senza essere soggiogato dai medesimi obblighi. Si rischia, per di più, operando un tale 'avvicinamento', di aumentare le tendenze centrifughe dal sistema della Corte. Lo Stato che non ha ancora ratificato il Trattato non viene incoraggiato alla definitiva adesione finquando sa di poter contare su una serie di norme, non ultima quella di cui all'art. 19, che gli consentano di 'sfidare' la giurisdizione della Corte senza correlativi rischi e senza strumenti di recupero dell'indagine nazionale assegnati al Procuratore. Per converso, lo Stato Parte soffre di una condizione di estensione dei propri diritti e facoltà procedurali a favore dello Stato non-Parte, diritti che dovrebbero rimanere a suo appannaggio esclusivo, e viene costretto a osservare obblighi che in teoria servirebbero a controbilanciare i predetti diritti ma che in realtà si atteggiano a onere ulteriore di cui lo Stato terzo non è gravato. Lo Stato Parte potrebbe facilmente liberarsi di questi obblighi mediante la fuoriuscita dallo Statuto, e se ciò avvenisse potrebbe significare la fine dell'esperimento così coraggiosamente avviato nel 1998.

2. Tesi proposta. Argomenti

La tesi che si intende qui sostenere è dunque quella della collocazione unicamente di Stati Parte *sub* lett. b) dell'art. 19 c. 2. Questa tesi si fonda anzitutto su un argomento di ordine logico-razionale, in grado di costituire sia elemento di *pars destruens* della ricostruzione maggioritaria, che vuole l'attribuzione del medesimo diritto di *challenge ex art.* 19 tanto allo Stato Parte quanto allo Stato non-Parte, sia fattore a sostegno della *pars construens* della tesi in discorso. Secondo la tesi sostenuta dalla prevalente dottrina internazionalpenalistica il rapporto tra le due previsioni che qui si considerano è un rapporto di continenza. Se infatti *sub* lett. b) vengono posti Stati Parte e Stati non-Parte, mentre *sub* lett. c) soltanto Stati non-Parte (per i quali è prevista l'accettazione *ad hoc* della giurisdizione della Corte), ciò vale a significare che la seconda prescrizione rappresenta un sottoinsieme della prima. Non si tratta dunque di una relazione di specialità, in quanto nessuna delle due categorie diseguate nelle relative previsioni presenta elementi di ag-

giunta né di specificazione rispetto all'altra, bensì di mera continenza: l'una norma è ricompresa nell'altra. In altri termini, la lett. c) non designa altro se non una categoria di Stati (quelli non-Parte *ex art. 12 c. 3*), secondo la tesi che si intende sconfessare, inferiore e tutta ben recintabile entro il parametro della lett. b), laddove troverebbero accoglienza tutti gli Stati Parte e tutti gli Stati non-Parte 'che hanno giurisdizione'¹⁴. Un'altra riflessione a questo proposito risulta evidente: gli Stati non-Parte che devono *ad hoc* accettare la giurisdizione della Corte, per spogliarsi utilmente della propria sovranità sopra una determinata *situation* e conferire alla Corte il compito di investigare sulla medesima, hanno sicuramente potere giurisdizionale sulle fattispecie oggetto del rinvio. L'art. 12 richiama, infatti, al c. 3 i medesimi *links* di giurisdizione previsti al c. 2: si tratta del vincolo di 'territorialità' o di 'personalità attiva' con il reato. L'art. 12 c. 2 così recita: "*In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3:*

¹⁴ Per una discussione sulla natura 'nazionale' o 'internazionale' del termine *jurisdiction* utilizzato sia nell'art. 19 c. 2 lett. b) che nell'art. 18 c. (<< (...) *States which, taking into account the information available, would normally exercise jurisdiction* (...) >>) che nell'art. 17 c. 1 (<< (...) *a State which has jurisdiction over a case* (...) >>), vedi KLEFFNER *supra* nota 4, pp. 110-113. L'autore supporta una connotazione nazionale: "(...) *an important starting point is to consider the assumption on which complementarity is based, namely that States have the possibility to exercise jurisdiction and have taken at least initial investigative steps. (...) Decisive for the ambit of permissible action of national investigative or prosecutorial authorities is that jurisdiction be available under national law. Without such jurisdiction, these authorities cannot proceed and no concurrence of jurisdiction can arise. (...) when referring to 'jurisdiction', Article 17 (1) of the Statute refers to the jurisdiction that a State has actually established, and thus to a jurisdiction in its national connotation*". Lo stesso autore più avanti, almeno parzialmente, ritorna sui suoi passi: "(...) *the legitimacy of national proceedings will be preserved only if the ICC defers cases to States, which have the legal right, under international law, to exercise jurisdiction. In order to do so, the term 'jurisdiction' thus needs to be understood to refer to jurisdiction in its international connotation. (...) the application of the phrase 'a State which has jurisdiction over a case' would thereby also bear the potential to incidentally and gradually clarify the boundaries of permissibility under international law* (...). It follows from the foregoing discussion that the phrase 'a State which has jurisdiction over a case' refers to **States which have established domestic jurisdiction in conformity with international law**". *Ibid* p. 113. Vedi, sull'art. 19 c. 2 lett. b), anche HOLMES, *supra* nota 11, p. 67: "(...) *addition that a State must have jurisdiction in the case reflects intentions of drafters of the Statute to prevent a State from challenging admissibility when in fact investigation or prosecution was sure to fail because the State lacked jurisdiction as far as its own courts are concerned*".

- (a) *The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft;*
(b) *The State of which the person accused of the crime is a national.*”

Il principio su cui si fonda la giurisdizione della Corte, enucleato proprio all'art. 12 c. 2, è che essa in tanto può occuparsi di una *situation* in quanto i crimini internazionali che appaiono esser stati commessi si siano verificati sul territorio di uno Stato che abbia ratificato il Trattato, e dunque sia Parte dello Statuto, oppure siano stati perpetrati da soggetti/persona fisiche, indagati come presunti autori, che posseggano la nazionalità di uno Stato Parte. Queste sono le cd. 'precondizioni all'esercizio della giurisdizione' alternativamente, e non cumulativamente, indispensabili perché si attivi uno dei tre *trigger mechanisms* elencati nel successivo art. 13, necessarie cioè perché si inneschi il procedimento penale internazionale innanzi alla ICC, prima con una *investigation* sopra una data *situation*, poi con la formulazione di un *case* da parte del Procuratore.¹⁵ Orbene, le due precondizioni sopra citate rappresentano evidentemente anche altrettanti criteri su cui può fondarsi l'esercizio di una giurisdizione penale domestica: il *link* della territorialità e quello della nazionalità del presunto autore sono espressamente accolti dallo Statuto come i pilastri giuridici su cui si fonda la legittima pretesa di giustizia, i 'nodi gordiani' che allacciano una fattispecie di reato al Paese chiamato ad esercitare il potere punitivo.¹⁶ Questi fondamenti di giurisdizione vengono *expressis*

¹⁵ Vedi H. OLÁSULO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor*, in 5 *International Criminal Law Review* (2005), pp. 121-146.

¹⁶ Cf. Permanent Court of International Justice: *S. S. Lotus*, Judgement No. 9, 1927, Series A, No. 10, 1 p. 20: “**Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental**, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State.” Muller and Stegmüller, *supra* nota 9, p. 1273, si riferiscono alla medesima pronuncia, sebbene nel contesto di una chiarificazione concettuale dei *self-referrals* nella procedura dinanzi alla Corte, per dimostrare che il principio di territorialità non è l'unica base per l'esercizio della giurisdizione penale: “*In particular, the so-called active personality or nationality principle – which gives jurisdiction over a crime to the state of the perpetrator's nationality – is generally accepted as well.*” Vedi al riguardo anche Antonio CASSESE (ed.), *International Criminal Law* (II ed., Oxford University Press, Oxford, 2008), p. 337; Gerhard WERLE (ed.), *Principles of International Criminal Law* (II ed., TMC Asser Press, The Hague, 2009), p. 44, nota n. 122 per ulteriori riferimenti.

verbis richiamati dal comma terzo dell'art. 12, laddove prevede che soltanto lo Stato non-Parte che presenta il vincolo della 'territorialità' o della 'nazionalità attiva' può decidere, anche *una tantum*, di rivolgersi alla Corte e riferirle una *situation* perché se ne occupi.¹⁷ Se la lett. c) dell'art. 19 c. 2 fa riferimento all'art. 12 c. 3, ne deriva che gli Stati non-Parte dalla norma presi in considerazione sono comunque Stati collegati al crimine dai 'nodi' di cui all'art. 12 c. 2. Dunque trattasi senz'altro di Stati che 'hanno giurisdizione', senza necessità di un approfondimento compiuto *case by case* dalla Corte. Il punto di arrivo del ragionamento sin qui compiuto ci conduce ad un'unica conclusione: la ridondanza della lett. c) rispetto alla lett. b). Se quest'ultima previsione volge lo sguardo a tutti gli Stati che hanno giurisdizione, e se la prima fa invece riferimento agli Stati non-Parte *ex art.* 12 c. 3, cioè allo Stato non-Parte territoriale o di nazionalità dei presunti autori, allora si può ritenere la inutilità letterale della prescrizione che estende il diritto di contestazione anche a 'Stati per i quali sia prescritta una accettazione *ad hoc*' della giurisdizione della Corte.

Questa conclusione, cui perviene necessariamente la tesi che si vuole contestare, se portata razionalmente ai suoi naturali approdi, non può ovviamente essere accolta, non foss'altro che per l'elementare principio giuridico della conservazione degli atti normativi, senz'altro applicabile anche alle singole disposizioni dello Statuto della Corte Penale Internazionale. Il giurista, interprete della norma e operatore del diritto, deve andare alla ricerca di una soluzione alternativa, o meglio di una ricostruzione diversa del rapporto tra le due ultime lettere dell'art. 19 c. 2. In altri termini, bisogna rintracciare un discrimine, una linea ben precisa di confine tra le due categorie di Stati segnalate all'interno delle due prescrizioni, senza che l'una interferisca indebitamente con l'altra, pena l'irragionevolezza e l'illogicità di una duplice catalogazione nel corpo dell'articolo sulle *challenges*.¹⁸ In parole ancora diverse, se si continua a ripor

¹⁷ Vedi al proposito MULLER and STEGMILLER, *supra* nota 9, p. 1278: "Therefore, only non-States Parties having jurisdiction over crimes on the basis of either the territoriality or the active personality principle can make such a declaration, without the possibility of relying on other bases of national criminal jurisdiction." Vedi anche *ibid.*, nota n. 47: "For instance, they cannot rely on the passive personality principle or the universality principle (...)".

¹⁸ Si potrebbe ovviamente anche considerare un'ipotesi alternativa: e cioè che le due norme siano state redatte in maniera non corretta e confusa da parte degli stessi *drafters*. In questo caso, tuttavia, emendare lo Statuto risulterebbe una necessità impellente ed una scelta obbligata.

fede nella tesi tradizionale più volte richiamata non si può tralasciare una serie di forzati quesiti: perché lo Statuto precisa la legittimità alla *challenge* da parte di uno Stato ex art. 12 c. 3, una volta che già la lett. b), come comunemente letta ed intesa, consente, all'interno del 'macro-insieme' degli *States which have jurisdiction*, a qualsiasi Stato, compresi quelli che non hanno ratificato il Trattato di Roma, di 'contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità di un *case*'? Non poteva, da parte dei *drafters*, ritenersi già sufficiente la dizione di cui alla lett. b), senza coinvolgere pure la peculiare categoria (comunque rientrante in quella più ampia degli *States not-Parties*, per i più già efficacemente collocata proprio alla lett. b)) degli Stati che accettano la giurisdizione ex art. 12? Qual è la *ratio* dell'inserimento di una terza sub-categoria di *challenging parties* all'art. 19 c. 2?

Proviamo inizialmente a continuare sulla linea tracciata dalla tesi maggioritaria, che in realtà intendiamo sconfessare. Proviamo, in altri termini, a considerare che davvero la categoria di Stati descritti *sub* lett. c) abbia qualcosa di diverso o comunque di 'specificativo' rispetto alla categoria segnalata alla lettera precedente. Ed a questo punto, allora, occorre chiedersi: quale caratteristica ultronea posseggono gli Stati che riferiscono una *situation* alla Corte e sottoscrivono una accettazione *ad hoc*, non avendo a monte dimostrato di condividere l'approvazione a livello internazionale di un Trattato che istituisce una giurisdizione permanente, complementare ed a vocazione universale, rispetto ad altri Stati, ugualmente non-Parte, che intendano procedere ad una *challenge*, senza rivestire al contempo gli 'abiti' di un *referring State* ex art. 12 c. 3?

3. Quale Stato si nasconde dietro la cortina della lett. c)?

La ridondanza della lett. c) emerge, in realtà, comunque si voglia 'etichettare' un *referring State* ex art. 12 c. 3. Operando una sorta di *fictio iuris*, esso può essere considerato come uno Stato Parte *ad hoc*, uno Stato cioè che accetta provvisoriamente lo Statuto, limitatamente ad una *situation* in ordine alla quale viene sollecitata l'attenzione della Corte. Seguendo tale *fictio*, lo Stato sarebbe da ricomprendersi senza tema di smentita nella lett. b). Può, al contrario, tralasciarsi ogni *fictio* giuridica, e porre lo Stato al di fuori della categoria degli Stati aderenti al Trattato di Roma, non reputando al riguardo sufficiente l'accettazione della giurisdizione. Pure seguendo questa diversa via di catalogazione, se si aderisce alla interpretazione in virtù della quale nella lett. b) rientrerebbero pure gli Sta-

ti non-Parte, risulta del pari superflua l'indicazione ulteriore di una classe apparentemente nuova e diversa come quella di cui alla lett. c).

Per la verità, occorre tenere in considerazione una peculiare tesi in ordine al corretto modo di decifrare le parole contenute nella lett. c). Quest'ultima non guarderebbe allo Stato che ha accettato *ad hoc* la giurisdizione, secondo quanto prescritto dall'art. 12 c. 3.¹⁹ Sarebbe bensì individuato semplicemente lo Stato non-Parte sul cui territorio è stato consumato il crimine²⁰ o i cui presunti responsabili sono nazionali, senza ulteriore precisazione. Il richiamo sarebbe cioè soltanto al c. 2 lett. a) e b) dell'art. 12, non anche al c. 3.²¹ *A State from which the acceptance of jurisdiction is required* non è infatti necessariamente lo Stato che ha reso *ab origine* possibile l'apertura dell'indagine inoltrando la dichiarazione mediante la quale certifica la volontà di innescare la giurisdizione della Corte. Ben può la norma riferirsi a quella particolare famiglia di Stati non-Parte che serbano i più forti vincoli con i crimini oggetto dell'esercizio dell'azione penale della Corte (più precisamente quelli scolpiti al secondo comma della norma sulle pre-condizioni), in disparte il *trigger me-*

¹⁹ L'opinione tradizionale secondo la quale soltanto Stati che hanno accettato la giurisdizione della Corte *ex art. 12 c. 3*, senza divenire Parte dello Statuto, ricadrebbero nell'ambito della lett. c), sembra supportata, tra gli altri, da EL ZEIDY, *vedi supra* nota 4, p. 262. Lo stesso autore si occupa, tra le altre cose, di un problema particolare, affermando che: “[i]n reading Article 19(2)(c) in conjunction with Article 12, one could conclude that a State that is not a party to the Statute but whose national is suspected of a crime cannot challenge jurisdiction or admissibility until the suspect is defined as an “accused” within the meaning of Article 12(2)(b)”, *ibid.*

²⁰ Inoltre, sussiste una differenza tra i concetti della *subjective territoriality* e della *objective territoriality*. La prima pretende che un elemento del reato intervenga all'interno dello Stato che rivendica la giurisdizione, mentre la seconda si applica quando l'effetto o il risultato della condotta criminale abbia un qualsivoglia impatto sul *challenging State*, ma gli altri elementi del reato insistono integralmente al di fuori dei confini territoriali. Vedi Christopher L. BLAKESLEY, *Extraterritorial Jurisdiction*, in M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law: Procedural and Enforcement Mechanism*, II ed. (Ardsley: Transnational Publishers, 1999), p. 33. Per una approfondita discussione sul fondamento di giurisdizione, *vedi ibid.*, pp. 33-70.

²¹ Kleffner sembra supportare questa tesi, sebbene in modo piuttosto ellittico. Infatti, egli afferma “[b]esides States which are investigating or prosecuting the case or have already done so, a second group of States are those ‘from which acceptance of jurisdiction is required under Article 12’ i.e. **the territorial State and State of active nationality**”. L'autore sembra guardare agli Stati per i quali l'art. 12 ‘richiederebbe’ l'accettazione della giurisdizione, qualora essi ‘desiderassero’ l'intervento giurisdizionale della Corte sopra una data *situation*, e cioè lo Stato territoriale o di personalità attiva. Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, p. 183.

chanism che ha consentito tale esercizio. La norma ha ad oggetto Stati che non hanno in alcun modo inteso accettare preliminarmente, e quindi riferire, la situazione alla Corte, bensì Stati terzi che sono intervenuti soltanto nella fase procedimentale delle *challenges*, al fine di contestare, rivendicando come propria, la giurisdizione sul *case*.

Questa lettura della lett. c), particolarmente attenta e convincente, non risolve la discrasia cui abbiamo fatto cenno precedentemente. Se davvero le parole della prescrizione in esame devono intendersi come riferite al solo art. 12 c. 2, e dunque prendono in esame non l'ipotesi di un *referring non-Party State* ex art. 12 c. 3, bensì quella di uno Stato comunque terzo ma con vincoli giurisdizionali col crimine particolarmente forti, e più precisamente quelli di 'territorialità' o di 'nazionalità attiva', la lett. c) dell'art. 19 c. 2 continua a sembrare ridondante rispetto alla lett. b).

Anche isolando il c. 2 dal c. 3 dell'art. 12, infatti, e ammettendo che la lett. c) dell'art. 19 richiami soltanto il primo e non anche il secondo, ugualmente ci pare corretto concludere che pure quegli Stati-non Parte legati al crimine dai *links* di 'territorialità' o 'nazionalità attiva' risultano suscettibili di essere ricompresi nella lett. b). Nemmeno questa, pure a nostro avviso corretta, analisi interpretativa, se legata all'assunto che non solo gli Stati Parte possono invocare *challenges*, risparmia l'inutilità apparente di una lett. c) in cui nulla di nuovo sembra prospettarsi rispetto a quanto già indicato alla lett. b).

4. Come riconciliare le categorie di cui alle lett. b) e c)? Come risolvere l'apparente ridondanza della lett. c)? Una prima tesi ricostruttiva. Critiche

A ben vedere, allora, due sono le possibili interpretazioni che eliderebbero l'apparente ridondanza della norma che chiude l'elenco di soggetti che possono accedere ad una *challenge*. L'una consentirebbe di salvaguardare la tesi maggioritaria che accoglie nel seno della lett. b) ogni Stato, compresi quelli non-Parte: trattasi però di una tesi che conduce a risultati probabilmente assurdi. L'altra, al contrario, è quella quivi proposta: maggiormente innovativa e forse 'destabilizzante' per la teoria tradizionale, ripudia la posizione tradizionale e perviene ad una rilettura più attenta del combinato disposto delle due lettere oggetto della presente analisi.

La prima interpretazione guarda al 'minimo comune denominatore' fra le due norme, per poi approdare alla identificazione dell'elemento dif-

ferenziale che giustifichi la presenza di due distinte categorie di *challenging parties*. Il 'minimo comune denominatore' è costituito da una qualche connessione giurisdizionale con il crimine oggetto del *case* che per entrambe le famiglie di Stati deve sussistere. La prova della titolarità di giurisdizione è condizione necessaria per la contestazione *ex art.* 19, sia che si tratti di Stati Parte sia che si tratti di Stati non-Parte. Con riferimento alla lett. c), sia che si interpreti il rinvio all'art. 12 come operante nel senso dell'art. 12 c. 3, sia che lo si intenda come mirante a comprendere il solo art. 12 c. 2, la norma pretende sempre che lo Stato eccepente sia quello nel cui ambito territoriale si è consumata la fattispecie di reato o i cui nazionali abbiano perpetrato il delitto. L'elemento differenziale consisterebbe invece, secondo questa prima tesi, nell'assenza alla lett. c) del predicato *on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted*. Sussisterebbe una relazione di differenza per specificazione fra le due previsioni. Mentre gli Stati *sub* lett. b) potrebbero accampare pretese sul *case* e pretenderne il *deferral* solo invocando la lett. a) e la lett. b) dell'art. 17 c. 1, le quali prevedono precipuamente l'inizio delle indagini o il compimento delle medesime insieme all'esercizio dell'azione penale come prime ipotesi che rendano un caso inammissibile innanzi alla Corte, agli Stati *sub* lett. c) non sarebbe imposta alcuna limitazione quanto ai parametri eccepibili a difesa della *challenge*. A questi ultimi sarebbe implicitamente garantita una facoltà di contestazione più intensa: potrebbero porre a giustificazione della contestazione e dell'istanza di deferimento anche il *ne bis in idem* (*ex art.* 17 c. 1 lett. c) ed art. 20 c. 3) nonché la *non sufficient gravity* (*ex art.* 17 c. 1 lett. d)).

Questa conclusione appare probabilmente assurda sol che si considerino due evidenti elementi di analisi. Il primo di carattere letterale: nello *chapeau* dell'art. 19 c. 2 esplicito è il riferimento all'art. 17, inteso unitariamente, nel suo complesso.²² Le *challenges*, afferma l'introduzione alla norma che si preoccupa di stabilire chi può contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità di un *case*, possono essere mosse 'sulla scorta dei parametri segnalati all'art. 17'. Da ciò si ricava che tanto la persona accusata, *ex* lett. a), quanto gli Stati che hanno giurisdizione, *ex* lett. b), quanto gli Stati per i quali l'art. 12 prescrive l'accettazione della giurisdizione della Corte, possono utilizzare tutte le giustificazioni indicate al-

²² Vedi nello stesso senso EL ZEIDY, *supra* nota 4, pp. 260-261.

l'art. 17 c. 1 al fine di escludere la necessità dell'intervento giurisdizionale complementare della ICC.

Un secondo elemento, di natura eminentemente logica, milita del pari in senso inverso alla ricostruzione. Ci chiediamo come sia ipotizzabile un crogiuolo più ampio di *chances*, un ventaglio più esteso di opzioni, in definitiva una facoltà di contestazione più corposa ed intensa sotto il profilo del fondamento motivazionale a favore di Stati che, comunque si voglia leggere il riferimento all'art. 12 contenuto nella lett. c), si collocano al di fuori della comunità internazionale che ha inteso creare una giurisdizione penale universale. Sarebbe paradossalmente attribuito agli Stati *ex* lett. b), tra i quali senz'altro rientrano gli Stati Parte, un diritto dal contenuto più ristretto, potendo gli stessi invocare solo l'apertura di una indagine o l'avvenuto esercizio dell'azione penale al fine di ottenere dalla Pre-Trial Chamber il *deferral* del *case*. Gli Stati Parte sono quegli Stati contraenti che non solo hanno partecipato al tavolo delle trattative a Roma nel 1998, provvedendo alla stesura definitiva dello Statuto della prima Corte Penale Internazionale, ma successivamente hanno del pari recepito il Trattato, trasformando in realtà l'adesione di principio e le intenzioni favorevoli manifestate nelle Commissioni Preparatorie e nella Conferenza Diplomatica. Si tratta di Stati che sicuramente non meritano un trattamento deteriore nella disciplina statutaria, che forse anzi risultano degni di una tutela dell'affidamento e di una 'presunzione di buona fede' più intensa da parte della Corte, quando intendano riappropriarsi della giurisdizione su di un *case*.

Consideriamo inoltre che lo Statuto della Corte riposa all'interno di un trattato internazionale, sottoposto alla ordinaria disciplina contenuta nella Convenzione sul Diritto dei Trattati firmata a Vienna nel 1969. Secondo l'art. 34 della Convenzione di Vienna, un trattato non può prevedere né diritti né obblighi in favore o a carico di Stati non-Parte (a meno che gli stessi non vi consentano), principio sintetizzato dal brocardo *pactum tertiis neque nocet neque prodest*. I successivi artt. 35 e 36 specificano che la previsione di un diritto o di un obbligo non solo deve essere oggetto di 'consenso', pure espresso attraverso comportamenti conclusivi, da parte di soggetti estranei alla stipulazione, ma soprattutto che una tale 'offerta' ad opera dei soggetti contraenti deve necessariamente essere esplicitata in una norma del trattato.

Dunque, se si accede all'interpretazione in virtù della quale gli Stati *ex* lett. c) avrebbero a disposizione tutte le giustificazioni contenute nell'art. 17 c. 1 a fondamento della propria *challenge*, non solo verrebbe a tali Stati, estranei al Trattato di Roma, riconosciuto un diritto, peraltro in

maniera non sufficientemente chiara ed esplicita, ma tale diritto si atteggierebbe pure come più esteso e più ricco rispetto allo stesso diritto garantito a favore degli Stati che hanno invece definitivamente depositato lo strumento di ratifica, così legandosi al sistema della Corte.

5. Una seconda proposta interpretativa

La seconda tesi interpretativa, che qui vogliamo proporre in obiezione a quella tradizionale, attribuisce una *ratio*, logica e giuridica, alla definizione di due distinte famiglie di Stati in relative norme dello Statuto, capovolgendo i presupposti della prima ricostruzione. Non vi sarebbe margine per accogliere *sub* lett. b) gli Stati non-Parte, che andrebbero piuttosto collocati soltanto *sub* lett. c). La perifrasi ‘Stati che hanno giurisdizione’ andrebbe interpretata in tal senso ‘Stati *Parte* che hanno giurisdizione’, mentre nella successiva previsione troverebbero spazio, con un taglio netto rispetto ai primi, gli Stati non-Parte per i quali lo Statuto richiede un’esplicita dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte *ex* art. 12. Verrebbe per questa via definitivamente elisa l’apparente ridondanza della lett. c), di cui riferito precedentemente. Se nella prima norma si situano solo Stati Parte, che dimostrino un qualsiasi vincolo col crimine oggetto del *case* il quale li legittimi all’esercizio della giurisdizione domestica, e nella seconda, al contrario, vengono posti quei particolari Stati non-Parte che o hanno *ab origine* proceduto *ex* art. 12 c. 3, oppure risultano legati, a prescindere dall’accettazione della giurisdizione della Corte, al crimine sulla scorta di quei peculiari criteri segnalati *ex* art. 12 c. 2 lett. a) e b), all’interprete la logica delle due categorizzazioni, cui corrispondono due diverse previsioni statutarie, appare decisamente più coerente ed agevole.

L’assunto sarebbe in grado di spiegare il fondamento di una distinta catalogazione di *challenging States* *ex* art. 19: in tanto ha ragione di esistere la lett. c) in quanto *sub* lett. b) verrebbero ospitati soltanto Paesi che hanno aderito al sistema tracciato con il Trattato di Roma, ed in tanto Stati situati al di fuori di questo sistema avrebbero pari diritto di contestazione in quanto gli stessi posseggano una radicatissima motivazione per esercitare giurisdizione: l’esistenza dei criteri di territorialità o di personalità attiva.

Il diritto di contestare la giurisdizione o l’ammissibilità di un procedimento innanzi alla Corte, quando lo stesso sia pervenuto ad una fase talmente progredita come quella disciplinata all’art. 19, non può essere con-

cesso a qualsiasi Stato, sulla scorta della prova di un qualsiasi *link* giurisdizionale che colleghi il crimine alla richiesta di deferimento. La tesi spiega che, se trattasi di Stato Parte, *sub* lett. b) viene imposto l'onere di dimostrare il corretto e genuino inizio di un'indagine, o addirittura l'avvenuto esercizio dell'azione penale, mentre se trattasi di Stato non-Parte, è razionale prevedere condizioni più stringenti e severe perché la Corte possa spogliarsi del *case*. Lo Stato Parte, in altri termini, ha facoltà di rivendicare la sussistenza di qualsiasi principio giurisdizionale (purchè valido per il diritto internazionale) che sia utile a convincere la Camera della genuinità della richiesta. In più dovrà provare l'inizio di investigazione o la *prosecution* avverso il soggetto individuato dal Procuratore come probabile autore della fattispecie di reato. Lo Stato non-Parte sarà onerato di una prova preliminare più intensa: quella di essere lo Stato nel cui territorio sia avvenuto il crimine oppure lo Stato di nazionalità del presunto responsabile. Ed inoltre occorrerà, come palesato dallo *chapeau* dell'art. 19 che riconduce ogni possibile *challenge* alle ipotesi dell'art. 17, che fondi la propria richiesta su uno dei *grounds* previsti al c. 1 della medesima norma.

6. Un argomento sistematico supporta la seconda ricostruzione

La tesi, oltre che risolvere in via razionale la ridondanza di una norma rispetto all'altra e a salvare così il principio della conservazione degli atti normativi, trova pure supporto in un argomento di carattere sistematico.²³ Se si pone attenzione infatti al linguaggio utilizzato all'art. 18 c. 1,

²³ Un ulteriore argomento, oltre a quelli che verranno illustrati nei paragrafi successivi, potrebbe essere presentato a sostegno della tesi propugnata. Il termine *case* che appare nell'art. 53 c. 1 lett. b) e nell'art. 15 viene oggi 'normalmente' sostituito dal termine *situation*. L'ammissibilità (o l'inammissibilità) in una fase così preliminare (come quella prevista dall'art. 15 e dall'art. 53) della procedura sulla verifica della complementarità della Corte viene infatti asseverata in relazione ad una generale *situation* (definita sulla base di criteri soltanto geografici, temporali ed oggettivi). La dottrina è virtualmente unanime sul punto (*vedi* Kleffner, *supra* nota 4, pp. 195 e ss.). Al proposito, dunque, la lettera della norma viene totalmente ribaltata dalla logica giuridica (confermata tra l'altro anche dalla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dello Statuto). Perché la stessa logica non dovrebbe ritenersi applicabile anche all'art. 19 c. 2 lett. b)? Nella presente tesi, non sarebbe nemmeno necessario confliggere con il dato letterale della norma, ma solo reinterpretare, alla luce di argomenti possibilmente validi, il riferimento nella previsione ad <<*a State*>>. Si potrebbe infatti reinterpretare le intenzioni dei *drafters* a questo riguardo. Per il nostro problema è sufficiente una sorta di *quid minoris* rispetto alla *speci-*

si nota come il legislatore statutario, proprio nella prescrizione precedente alla norma sulle *challenges*, abbia esplicitamente fatto riferimento tanto agli Stati Parte quanto agli Stati non-Parte. L'art. 18 descrive una fase procedimentale assai più risalente rispetto a quella scolpita all'art. 19, sotto il profilo della cronologia del processo innanzi alla ICC. Prima ancora di incardinare una indagine nel meccanismo della Corte, il Procurator ha l'onere di notificare le sue intenzioni investigative a tutti gli Stati Parte 'e pure a quegli Stati che normalmente eserciterebbero giurisdizione sui crimini' (dunque quegli Stati che, pur non avendo aderito in via definitiva al Trattato, sono comunque titolari del diritto di esercitare giurisdizione sui reati, ed anzi che 'normalmente lo eserciterebbero'). Siamo in uno *stage* del procedimento assai anteriore a quello in cui il Procuratore, a conclusione dell'inchiesta, risulta in grado di formulare una richiesta di emanazione, da parte della Pre-Trial Chamber, di un mandato di arresto o di un invito a comparire, a seguito della individuazione di soggetti ritenuti autori dei crimini oggetto dell'indagine. L'art. 18 contempla uno *step* processuale ineludibile e precedente rispetto all'art. 19: l'obbligo di notifica non ha ad oggetto un *case*, bensì una generale *situation*. La doverosa comunicazione della volontà di cominciare una investigazione mette alla prova lo (o gli) Stato(i) che intende(ono) in buona fede impugnare la legittimità dell'intervento della Corte e ottenere il deferimento della giurisdizione. La facoltà procedimentale, il cui esercizio ha un termine assai ridotto, più precisamente è previsto un mese per la risposta alla notifica, consente a qualsiasi Stato, senza preclusione alcuna, di dimostrare la legittima, genuina ed efficiente volontà di procedere da solo all'esercizio dell'azione penale, alla contestazione degli addebiti e alla punizione dei responsabili.

Si evince, allora, come gli Stati non-Parte risultino già titolari *ex art.* 18, e dunque in una fase del procedimento assai anteriore a quella della formulazione di un *case*, *ex art.* 19, di una facoltà perfettamente identica a quella degli Stati Parte: la facoltà di instaurare un dialogo col Procuratore e di eventualmente domandare un intervento della Pre-Trial Chamber, in caso di contrasto con quest'ultimo. I *drafters* hanno inequivocamente equiparato la posizione giuridica ed il bagaglio di diritti delle due

ficity of proof della complementarietà. In questo caso, un termine preciso (*case*) che ha riguardo ad un fenomeno giuridico ben specifico con le sue proprie caratteristiche, è stato sostituito da un altro termine (*situation*) che ha caratteristiche totalmente differenti. Qui invece non si suggerisce di deviare tanto dalla lettera della norma, ma soltanto di reinterpretare le lett. b) e c) dell'art. 19 c. 2.

famiglie di Stati in questa fase, preliminare del procedimento. La *ratio* di questa equiordinazione risiede nella necessità di evitare il dispendio di risorse e di energie della Corte quando il Procuratore si avveda della presenza di una giurisdizione nazionale che autenticamente e sinceramente dia prova del proposito di rintracciare e sottoporre a pena gli autori di un crimine internazionale, consentendo l'affidamento del procedimento. Nell'art. 19, al c. 2 lett. b), si citano genericamente gli Stati che 'hanno giurisdizione' e non vi è traccia della netta e indiscutibile demarcazione di cui all'art. 18. La ragione di questa omissione potrebbe risiedere proprio nel fatto che assai più alto e gravido di pericoli sarebbe l'attribuire *tout court* agli Stati non-Parte il diritto di chiedere, ed eventualmente ottenere il *deferral*, quando siano stati dal Procuratore comunicati i nomi dei presunti responsabili. Il rischio che uno Stato possa agire in mala fede, con lo scopo di sottrarre quelle stesse persone fisiche al processo internazionale, e porle al riparo sotto l'ombrello della giurisdizione domestica, è assai più concreto nella fase di cui all'art. 19. Quando il Procuratore procede alla notifica *ex art.* 18 c. 1, lo Stato che risponde con la richiesta di deferimento non conosce ancora le identità di possibili sospettati, ignora i risultati della indagine a venire, ed assai più intensa è la probabilità che lo Stato abbia di mira realmente il fine di rendere giustizia. Agli Stati non-Parte è attribuito il medesimo diritto di contestazione degli Stati Parte quando in giuoco è la sopravvivenza di una *situation*, e non di un *case*, e cioè nella fase introduttiva delle *preliminary rulings regarding admissibility* (art. 18). Una volta trascorso il termine di un mese dalla notifica, il patrimonio di facoltà procedurali deve necessariamente essere distinto tra Stati Parte e Stati non-Parte dello Statuto. Con lo scorrere delle lancette dell'orologio investigativo, fino all'ora della definizione dei sospetti, quando le nebbie della generica *situation* si diradano ed un formale *case* viene formulato, sempre maggiore è il pericolo che il fine di porre un argine alla impunità venga messo a repentaglio, e più aleatorio sarebbe l'affidamento della Corte nella correttezza e genuinità delle giurisdizioni domestiche. Questa sarebbe la ragione celata dietro l'esplicito riferimento dell'art. 18 agli Stati Parte ed ai *diversi* 'Stati che normalmente eserciterebbero giurisdizione', e al contempo sottesa alla omessa parificazione nell'art. 19 tra le due categorie di Stati, per quel che concerne il diritto di procedere ad una *challenge* della giurisdizione o dell'ammissibilità della Corte sul *case*, come appena 'disegnato' dal Procuratore. D'altronde occorre rammentare quanto già scritto: non tutti gli Stati non-Parte verrebbero privati di un tale diritto. Collocando questa categoria esclusivamente all'art. 19 c. 2 lett. c), lo Statuto avrebbe previ-

sto un'eccezione proprio per quei Paesi terzi che detengono il titolo più saldo e meritevole di tutela in punto di esercizio della giurisdizione domestica: gli Stati che, sebbene non hanno inteso operare la ratifica del Trattato, vantano i legami più stabili con il crimine oggetto del *case*, più precisamente quelli delineati all'art. 12 c. 2. L'equiordinazione enunciata all'art. 18 ritorna prepotentemente quando ad essere salvaguardato è il diritto ad ottenere il *deferral*, e ad esercitare la giurisdizione interna, da parte dello Stato sul cui territorio è stata perfezionata la fattispecie di reato o lo Stato di nazionalità dei presunti responsabili, in disparte il problema della ricomprensibilità di questi nel sistema della Corte Penale Internazionale.

7. Un argomento *lato sensu* teleologico: l'inapplicabilità della Parte 9 dello Statuto

La tesi secondo cui alla lett. b) dell'art. 19 c. 2 troverebbero accoglienza solo gli Stati Parte trova sostegno, oltre che sull'argomento logico-razionale e su quello sistematico, pure su quello *lato sensu* teleologico. Da più parti si è infatti fortemente paventato il rischio, da alcuni ritenuto incompressibile,²⁴ di una definitiva ed irrecuperabile dismissione del *case*

²⁴ Invero Kleffner giustamente sottolinea il rischio, *a priori*, di un ritardo e di un abuso della procedura prevista dall'art. 18: “[o]ne must concede at the outset that delays may be the result of a State’s legitimate and bona fide efforts to act in accordance with the fundamental premise of complementarity, that national criminal jurisdictions are those primarily responsible for investigations and prosecutions. The reviews by and periodic information to the Prosecutor may reveal, for instance, that delays result from the complexity of an investigation or difficulties in gathering of evidence and witness statements. As long as the Prosecutor remains satisfied that a given State undertakes a genuine effort to investigate and prosecute and is able to do so, a case is likely to continue to be investigated at the national level. However, should that situation change at a later stage, for instance because the security situation in the State has deteriorated to an extent that the State is ‘unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony’ vital time will have been lost. At least as significantly, the notification in accordance with Article 18(1) – whether or not on a confidential basis and irrespective of whether the scope of the information provided is limited – is likely to alert mala fide States, which may use the information made available to them to influence or subvert evidence and witnesses and to warn perpetrators. Such States may then use the subsequent procedural steps to further disrupt and delay the proceedings of the Court. They can block further investigation by the Court by requesting a deferral and subsequently undermine the Court’s efforts to determine whether national proceedings are genuine. Only if the application of the Prosecutor to nevertheless authorize an investigation is successful can the latter proceed. In order to be successful, however, the Prosecutor will have

da parte della Corte, una volta che venisse accolta la *challenge* e la contestuale richiesta di deferimento formulata da uno Stato non-Parte.²⁵ A questo non sarebbe infatti applicabile la Parte 9 dello Statuto che concerne la ‘Cooperazione degli Stati con la Corte’. Non avendo ratificato lo Statuto lo Stato non-Parte non sarebbe obbligato a rispondere, né tanto meno ad ottemperare ad alcuna richiesta di *compliance* da parte della Corte (Camera giudicante o Procuratore che sia).²⁶ Le misure vincolanti di cooperazione sono applicabili solo agli Stati Parte e non vi è sanzione che possa stimolare uno Stato che si pone al di fuori del sistema di Roma ad accedere ad una misura di assistenza che proviene dalla Corte. Una volta appropriatosi del *case*, ex art. 19 c. 11, non vi è modo di indurre coattivamente lo Stato non-Parte a ‘rendere disponibili le informazioni sui procedimenti nazionali’ richieste dal Procuratore, né di certo quest’ultimo potrebbe con estrema facilità ‘procedere ugualmente con la sua investigazione’, a dispetto del silenzio o del rifiuto esplicito dello Stato richie-

*to supply information on which the application to authorize an investigation is based; information that may come to light only after the request for deferral has been granted, for instance in the course of the periodic review in accordance with Article 18(3). Since Article 18 applies at such an early stage that it suffices for a request for deferral that States are starting an investigation, mala fide States may use several pretexts as to why such an investigation is not progressing when the Prosecutor subsequently reviews the deferral or when subsequently asked to inform the Prosecutor periodically in accordance with Article 18(5). Besides arguing that an investigation has been conducted but did not reveal a sufficient basis to proceed with the case against a particular person, examples of such pretexts, which mala fide States can use, are alleged temporary security risks in gathering the necessary evidence or arresting the person(s) concerned; that witnesses are exposed to unacceptably great dangers; or that the person concerned has absconded or the evidence been destroyed”. Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, pp. 179-180.*

²⁵ Cf. David STOELTING, *ICC PreTrial Proceedings: Avoiding Gridlock*, in 9 *International Law Students Association Journal of International and Comparative Law* (2003), pp. 413-423, in particolare pp. 420-422; Douglass CASSEL, *The Rome Treaty for an International Criminal Court: A Flawed but Essential First Step*, in 6 *The Brown Journal of World Affairs* (1999), pp. 41-52, in particolare p. 48; Richard DICKER and Helen DUFFY, *National Courts and the ICC*, in 6 *The Brown Journal of World Affairs* (1999), pp. 53-63, in particolare pp.59-60.

²⁶ In relazione ai rischi relativi alla procedura ex art. 19, vedi Kleffner, *supra* nota 4, p. 188: “[a]s in the case of preliminary rulings regarding admissibility, the aforementioned safeguards and supervising tools in Article 19 are no definite guarantees against the procedure’s causing **delays** or being **used abusively**. Again, delays may be the result of a legitimate and bona fide effort to exercise jurisdiction as much as they can be the result of a bad faith effort of a given State to thwart proceedings of the Court”.

sto. L'art. 19 c. 11 così recita: “*If the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 17, defers an investigation, the Prosecutor may request that the relevant State make available to the Prosecutor information on the proceedings. That information shall, at the request of the State concerned, be confidential. If the Prosecutor thereafter decides to proceed with an investigation, he or she shall notify the State to which deferral of the proceedings has taken place.*” Non è però chiaro, dalla lettera dello stesso art. 19 c. 11, se il Procuratore debba in tale ipotesi ricominciare dall'inizio, procedendo con la notifica *ex art.* 18 c. 1 oltre che con quella prescritta allo stesso art. 19 c. 11, oppure riprendere il procedimento dall'istante in cui si è concesso il *deferral*. Qualsiasi possa essere la soluzione di questo difficile quesito, il tempo trascorso e le energie disperse andrebbero a sicuro vantaggio degli indagati, e a detrimento della utilità ed efficienza dell'indagine (oltre alla configurabilità di un pericolo di fuga, di inquinamento delle prove e alla possibile messa a repentaglio della sicurezza e incolumità di vittime e testimoni).

È ovvio che, accogliendo la tesi sin qui proposta, il pericolo della dismissione del *case*, una volta trasferito allo Stato non-Parte, rischio insito nella constatazione giuridica della inapplicabilità a quest'ultimo delle obbligazioni sancite nella Parte 9 dello Statuto, viene notevolmente ridimensionato. Il nodo problematico verrebbe reciso alla radice: come regola generale lo Stato non-Parte non può accedere alle *challenges*, e dunque non può né domandare, né tantomeno ottenere il deferimento di un procedimento già incardinato dinanzi alla Corte. Questa regola, come più volte ripetuto, soffre una sola eccezione: quella degli Stati non-Parte collegati al delitto dalla 'territorialità' o dalla 'nazionalità attiva'. Si è inteso, da parte dei *drafters*, salvaguardare la posizione giuridica di giuste due particolari *species* di Stati terzi, in quanto legate da vincoli giurisdizionali non facilmente eludibili ma anzi solidi e legittimanti una non vincibile tutela dell'affidamento in punto di diritto alla contestazione e di deferimento dell'indagine.

Il problema della inapplicabilità della Parte 9 dello Statuto riguarda senz'altro anche l'art. 18, e il caso del deferimento di una *situation* a vantaggio di Stati non-Parte *ex art.* 18 c. 2. Tuttavia, in presenza di uno Stato che agisca in mala fede e non ottemperi alle misure di assistenza richieste in seguito al *deferral*, *ex art.* 18 c. 5, i rischi sono più attenuati rispetto a quanto previsto in precedenza per la fase delle *challenges*, soprattutto in ragione del fatto che, nello *stage* delle *preliminary rulings regarding admissibility*, un'indagine non è ancora stata avviata (e di sicuro

non sussiste il pericolo di fuga, non essendo ancora state definite le identità dei presunti responsabili).

8. Come superare il dato dei lavori preparatori?

Non può omettersi un breve riferimento al secondo argomento su cui si fonda la tesi tradizionale, che qui si è provato a confutare: l'argomento dei *travaux préparatoires*. L'autore del presente lavoro si avvede della difficile conciliabilità della tesi sostenuta con i lavoratori preparatori e con le opinioni espresse da numerosi Stati al tavolo dei negoziati in occasione della Conferenza dei Plenipotenziari, tenuta a Roma, 15 giugno-17 luglio 1998, propedeutica alla stesura definitiva dello Statuto, opinioni riportate da numerosi articoli e monografie.²⁷ In verità l'interpretazione della norma giuridica di diritto internazionale, in particolare pattizio, si fonda su una serie di criteri, il primo dei quali non può essere considerato quello che ha riguardo al dato dei lavori preparatori. Alla obiezione circa la chiarezza delle parole espresse in sede di *travaux préparatoires* e riportare da diversi autorevoli autori, si potrebbe replicare con le parole di Conforti: "(Nell'interpretazione di un trattato) (l)a tendenza che oggi può dirsi prevalente (...) è nel senso dell'abbandono del metodo subiettivistico, metodo mutuato dal regime dei contratti nel diritto interno ed in base al quale si renderebbe in tutti i casi e ad ogni costo necessaria una ricerca della volontà *effettiva* delle parti come contrapposta alla volontà *dichiarata*. Si ritiene invece che, per regola generale, debba attribuirsi al trattato il senso che è fatto palese dal suo testo, che risulta dai *rapporti di connessione logica intercorrente tra le varie parti del testo*, che si armonizza con l'oggetto e la funzione dell'atto quali dal testo sono desumibili.

²⁷ Cf. KLEFFNER, *supra* note 4, pp. 91-92: "[w]hilst building on the compromise already reached at the PrepCom's December 1997 session, it was ultimately decided that the right to make challenges to the admissibility should not be limited to the accused or to a person for whom an arrest warrant, or summons to appear, has been issued and to States Parties. However, it was agreed that non-States Parties could only do so under the condition that they have 'jurisdiction over a case, on the ground that (they are) investigating or prosecuting the case or (have) investigated or prosecuted'. That condition was also extended to States Parties other than those from whom acceptance of jurisdiction is required in accordance with Article 12 (2)(a) and (b) of the Rome Statute, and which wish to make a challenge to jurisdiction or admissibility. In addition, States, from whom acceptance of jurisdiction was required, were granted an independent right to challenge". Vedi anche HOLMES, *supra* nota 11, p. 67.

In una concezione del genere, i lavori preparatori, nei quali dovrebbe essere consegnata la volontà effettiva delle parti, hanno una funzione sussidiaria (...).²⁸ Nella presente analisi, con la ‘offerta’ di una tesi alternativa a quella per così dire ‘ufficiale’, si è proprio inteso fondarsi sui tre argomenti principe dell’ermeneutica internazionalistica richiamata da Conforti: l’argomento letterale, quello sistematico e quello della funzione oggettiva della norma. Si ritiene tali argomenti come più forti e più intensi rispetto a quello della ‘interpretazione autentica’ resa prima della entrata in vigore della norma.²⁹ Per vero, alcuni autori hanno pure contestato la scelta, compiuta alla Conferenza di Roma, di indirizzare la notifica agli Stati non Parte, *ex art.* 18 c. 1.³⁰ Le parole di questi autori potrebbero *mutatis mutandis* estendersi all’oggetto del presente studio, vale a dire all’ipotesi problematica di uno Stato non-Parte che intenda contestare la giurisdizione o l’ammissibilità dinanzi alla Corte, senza dimostrare il vincolo di ‘territorialità’ o di ‘personalità attiva’. Se però questi autori contestano una scelta effettivamente compiuta alla Conferenza di Roma del 1998, e soprattutto esplicitamente traslata in una norma dello Statuto, l’art. 18 c. 1, nel presente lavoro si intende contestare una ‘mera’ interpretazione dell’art. 19 c. 2, probabilmente anche fondata sulla volontà delle Parti manifestata nei *travaux préparatoires*, ma comunque non chiaramente trasferita, a livello logico e sistematico, nella lettera dello Statuto.

9. Conclusioni

L’equiparazione tra Stati Parte e Stati non-Parte, quanto a diritti acquisiti in virtù di norme dello Statuto e non quanto a corrispondenti obblighi imposti, è davvero rischiosa. Il pericolo risiede nella disincentivazione ad acce-

²⁸ Benedetto CONFORTI (ed.), *Diritto Internazionale* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2006), VII ed., p. 95.

²⁹ Infatti, William Schabas riconosce che “*legal instruments take on a life of their own, and creative interpretation of their provisions is usually desirable*”. Vedi William SCHABAS, “*Complementarity in Practice*”: *Some Uncomplimentary Thoughts*, in 19 *Criminal Law Forum* (2009), p. 17.

³⁰ Cf., tra gli altri, Giuliano TURONE, *Powers and Duties of the Prosecutor*, in Cassese, *supra cit.* nota 3, p. 1163: “[w]hat is frankly unacceptable about the provision of Article 18, is that the notification has to be forwarded not only to **all States Parties**, but also to those States non-parties which <<would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned>>, i.e. also to **those States that – having refused to join the system of the ICC, and**

dere allo Statuto da parte di Stati che non lo hanno ancora ratificato. L'equiordinazione è infatti in grado di provocare una irragionevole attribuzione di facoltà (anche procedimentali, come nel caso del combinato disposto delle lett. b) e c) dell'art. 19 c. 2) in capo a soggetti internazionali che non hanno avuto il merito di acquisire lo *status* definitivo di Parte nel sistema dell'ICC. Ci chiediamo, sotto il profilo politico-strategico, quale sia il senso di ratificare lo Statuto, sottoponendosi giocoforza al complesso e variegato crogiuolo di obblighi ivi previsti, compresi quelli *ex* Parte 9, quando il più importante dei diritti di opposizione all'azione penale della Corte possa tranquillamente essere esercitato anche da Stati terzi? Il diritto di paralizzare il procedimento innanzi alla Corte, eccependo l'assenza di giurisdizione o l'inammissibilità del caso, dovrebbe anzitutto, e in maniera più cospicua, spettare allo Stato Parte. Solo in rare e fondate eccezioni tale diritto dovrebbe essere attribuito allo Stato estraneo allo Statuto.

A nostro avviso, occorre essere ben attenti e non frettolosi nel ravvisare in una norma fondamentale dello Statuto, quale quella sulle *challenges*, la fonte positiva che consente un ravvicinamento della posizione dello Stato Parte con quella dello Stato non-Parte. Vero è che una tale lettura potrebbe trovare nei lavori preparatori, e nelle dichiarazioni dei partecipanti al tavolo di Roma, un 'sostegno morale'. Vero altrettanto che il principio di complementarità si fonda proprio sulla potenzialità che anzitutto la giurisdizione domestica, dotata di una sorta di *favor* da parte dei *drafters*, eserciti l'azione penale sui crimini internazionali oggetto della giurisdizione della Corte, e che tale potenzialità debba con ogni strumento essere incentivata dal sistema stesso della Corte. Tuttavia tutto ciò non giustifica un livellamento delle facoltà procedimentali, specie in una fase così avanzata quale quella *ex* art.19, se non specificato in modo 'cristallino' dalla norma positiva. Diventare uno Stato Parte deve poter significare divenire un interlocutore (anche controparte se necessario) privilegiato innanzi alla Corte. Rimanere estranei allo Statuto deve poter significare intervenire ed 'alzare la voce' solo quando quest'ultimo espressamente lo consenta. Contrariamente opinando il rischio, che deve essere combattuto tanto dall'interprete in sede dottrinale quanto dal giudice nello sviluppo della prassi giurisprudenziale, di una lenta ma progressiva fuoriuscita dal sistema ad opera di chi già ne fa parte, e di un improbabile ingresso da parte di chi, per qualsivoglia motivazione, non vi ha ancora aderito, è dietro l'angolo.

being directly involved in the specific situation in which grave breaches of the international humanitarian law are assumed to have occurred – might have no other interest than simply preventing justice from being done”.